

seus devidos termos, isto, não preenchendo os elementos mínimos necessários à utilização da tutela nominada, mas, presentes os requisitos da tutela cautelar geral, que reveste de pleno cabimento, aquela medida inominada.

Em se tratando de tutela cautelar inominada, a situação é diferente, pois que o legislador não dispôs sobre o conteúdo ou características do pronunciamento a ser concretizado. Limitou-se a enfatizar que poder-se-ia autorizar ou vedar a prática de certos atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução, em conformidade com o artigo 799, do CPC. Tal relação é apenas exemplificativa, não tolhendo a adoção de outras providências consideradas mais adequadas ao caso concreto, para tutela do direito postulado.

No processo trabalhista, sobretudo, o poder geral de cautela ensejará a preservação dos efeitos condenatórios e executivos de decisão a ser prolatada posteriormente, uma vez que a tutela processual trabalhista, naturalmente, é prolatada por tal meio.

De todo o exposto, conclui-se que inobstante a ampliação dos poderes atribuídos ao magistrado, convém que se esclareça que a discricionariedade jamais se confunde com a arbitrariedade. Assim, o poder de cautela não é ilimitado, já que a ele se impõem limites que devem ser sopesados pelo magistrado, que deverá observar, sempre, a proporção entre a providência adotada e a prestação que se vislumbra no processo de mérito.

BIBLIOGRAFIA REFERENCIAL:

MALLER, Estevão. **Estudo do Direito Processual Trabalhista, Civil e Penal - Poder Geral de Cautela no Processo do Trabalho**. Brasília. Consulex. 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código Processual Civil**. Rio. Forense. 1997.

SAMPAIO, Marcos Vinicius de Abreu. **O Poder Geral de Cautela do Juiz**. São Paulo. *Revistas dos Tribunais*. 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1987.

PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NOS LUCROS OU RESULTADOS E NA CO-GESTÃO DA EMPRESA

Paulo Antônio Maia (*)

Apesar de cristalizada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, XI, como norma programática, necessitando de regulamentação ordinária, a garantia ao

Revista do TRT da 13ª Região - João Pessoa (PB) - 1997

emprego de participar efetivamente nos lucros ou resultados, como também na gestão dos rumos da empresa, revela a preocupação do legislador em diminuir as eternas arestas da relação capital/trabalho, tendo por objetivo maior a transformação do contrato de trabalho tradicional para um ajuste híbrido, quiçá definitivo, com a sociedade, no qual ambas as partes lograriam vantagens, tendo em vista o interesse recíproco em se aumentar os ganhos.

RESUMO HISTÓRICO

No entanto, não obstante a inovação de elevar ao ordenamento constitucional, inúmeras garantias aos trabalhadores, a parte atinente à participação nos lucros e resultados já vinha sendo objeto de previsão legal nas cartas magnas nacionais desde 1946, em seu artigo 157, IV, a qual não só impingia sua obrigatoriedade, como também fosse direta, **id est**, retirada do capital da empresa, como uma "tributação laboral".

De idêntica forma, diferenciando apenas no aspecto da exigência da obrigatoriedade, dando-lhe uma conotação de integração do trabalhador à vida da empresa, a Constituição de 1967 também tratou da participação nos lucros (artigo 158, V), de onde emergiu a criação do PIS (Programa de Integração Social) e mais adiante o PASEP (Programa de Assistência ao Servidor Público), pelas Leis Complementares nºs 7 e 8 de 1970, os quais foram unificados em 1975, pela Lei Complementar nº 26, formando o PIS-PASEP, sem, no entanto, resolverem a situação da participação direta do trabalhador nos lucros e resultados, uma vez que nestes institutos aquela resumia-se a criação de um fundo único proveniente de contribuições dos empregadores, possibilitando apenas ao trabalhador/servidor de baixa renda a "permissão" de retirada de pagamento anual equivalente ao salário mínimo, restando aos demais aguardarem as hipóteses do artigo 4º, § 1º, da Lei Complementar nº 26, para terem acesso ao saldo.

**(*) - Paulo Antônio Maia é Advogado,
inscrito na OAB-PB sob nº 7854**

É até desnecessário dizer que a criação destes institutos desprezou a própria essência da participação do empregado nos lucros e resultados: sua motivação em aumentar a produtividade, certo de que auferirá uma cota ou porcentagem referente aos rendimentos financeiros do negócio.

Na França pós-revolução, em 1812, Napoleão Bonaparte através de decreto, não só propiciou aos artistas de companhia teatral a obtenção de tal prerrogativa, como também imprimiu o primeiro registro histórico sobre o assunto, seguindo-se na Prússia em 1847, no Reino Unido, em 1850 e em 1869, nos Estados Unidos.

Várias Constituições latino-americanas, entre as quais as do México, Bolívia, Venezuela, Chile, Equador, Colômbia, Argentina, tornaram obrigatória essa forma de remuneração, contudo, a maioria das legislações que dispuseram sobre o assunto não a impuseram, deixando ao arbítrio das partes sua deliberação.

ASPECTOS JURÍDICOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Seguindo os princípios que norteiam a justiça laboral, a doutrina nacional e o direito comparado entendem a participação do empregado nos lucros e resultados, como sendo de natureza eminentemente salarial, o que torna obrigatório seu cômputo no salário, nas verbas rescisórias, contribuições fundiárias e previdenciárias e outros tributos que tenham a remuneração como fato gerador.

Este pensamento se ampara na premissa de que a participação nos lucros não desnatura o contrato de trabalho em seus elementos constitutivos e característicos, os quais mantêm-se inalterados, haja participação ou não.

Ora, se decorrente da dispensa de força de trabalho remunerada, inserida na própria relação de emprego, onde se localizaria a sua indissociabilidade do conceito de salário? Por isso, como bem colocou o Ministro Arnaldo Sussekind:

"É certo de que o trabalhador pode ser, ao mesmo tempo, sócio e empregado da empresa; mas essa dupla qualidade decorrerá de duas relações jurídicas diversas: o contrato de sociedade e o de trabalho. Quando existir apenas uma relação, haverá empregado se este trabalhar juridicamente subordinado à administração; haverá contrato de sociedade se o trabalho dos seus participantes configurar a 'affectio societatis', isto é, comunhão de direitos e obrigações para tender às finalidades da empresa." (grifamos) (in "Instituições", LTr, 15ª ed, Vol I, pag. 442, 1995)

logo, em não se atendendo tais requisitos, não há porque dizer que esta forma de remuneração não seria salário.

O Egrégio TST encampou este entendimento através do Enunciado 251, de 1985, lastreado pelo artigo 457, § 1º, da CLT, considerando como salário a participação nos lucros, fazendo a ressalva e a exigência da habitualidade para a sua caracterização.

Com a promulgação da Constituição de 1988, que desconsiderou como salário a remuneração participativa, esta posição tornou-se meramente conceitual, teórica e sem qualquer valor empírico.

O legislador de 1988, ao desvincular a participação nos lucros da remuneração, adotando a tese não salarial, procurou tornar mais receptiva a idéia à classe patronal, que não precisaria mais temer os reflexos salariais do incentivo à produção, cancelando de imediato a sua incidência nos títulos de natureza remuneratória, o que motivou o próprio TST a revogar o Enunciado 251.

O dispositivo constitucional em apreço, estabeleceu situação *de lege ferenda*, como se dispusesse sobre o assunto, após deliberação entre as classes interessadas, e o que é mais importante, instituindo delimitações que evitasse prováveis fraudes à lei trabalhista.

Em 1994, a Medida Provisória 794 procurou fechar a lacuna existente, inclusive com as suas sucessivas reedições até a 1.539-28, de 13.02.97, sem que houvesse, até hoje, a promulgação de qualquer lei regulamentadora como exige a Constituição Federal.

Esta Medida Provisória estabeleceu inicialmente a livre negociação entre as empresas e os empregados, através de comissão por eles escolhida, conforme expressava o texto legal em seu artigo 2º.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.361-1, obteve liminar suspendendo a eficácia daquela expressão, a fim de fazer valer a determinação Constitucional da participação sindical nos acordos e negociações coletivas.

Apesar da expressão ainda continuar no corpo das reedições da Medida Provisória, para que tenha validade jurídica, o acordo coletivo deve ser firmado com a presença de entidade sindical, sob pena de nulidade.

A Medida Provisória estabelece critérios genéricos para a fixação dos direitos e deveres, delegando aos instrumentos de convenções coletivas a explicitação das regras, exigindo que os mesmos contenham elementos de verificação de cumprimento dos acordos, periodicidade da distribuição dos resultados e da sua vigência, bem como dos momentos de revisão do acordo.

Até o presente momento a pessoa física, empregador individual, bem como a entidade sem fins lucrativos, que não distribua resultados a qualquer título a seus funcionários, aplique integralmente seus recursos na atividade fim e em caso de encerramento de suas atividades, destine seu patrimônio ao poder público e a entidade similar, não podem utilizar a forma participativa de remuneração, sendo privada às pessoas jurídicas.

Para o empregador, a participação conferida aos empregados poderá ser deduzida, da apuração do lucro real, como despesa operacional, dentro do próprio exercício de sua constituição, cabendo-lhe também a retenção e o recolhimento do Imposto de Renda na fonte, tributado sobre a participação exclusivamente, como antecipação da declaração de rendimentos do IRPF.

Caso falhem as negociações, as partes podem optar, isoladamente ou sucessivamente, pela utilização da mediação e da arbitragem de ofertas finais, devendo o árbitro, eleito pelas partes, ter de escolher pela proposta apresentada, em definitivo, por uma das partes, cujo laudo terá força normativa, independente de homologação.

Como há a possibilidade de não se chegar a um consenso nem com relação a escolha do mediador ou árbitro, como também a escolha da sua proposta, conseqüentemente haverá a procura ao judiciário para que dirima tais questões, mesmo porque o princípio da indeclinabilidade insculpido na Constituição Federal está no mesmo patamar hierárquico.